

## Parte II - Brasil

Esta segunda parte é dedicada ao exame do controle de constitucionalidade exercido no Brasil. Inicialmente será feito um breve exame do seu surgimento, ainda no século XIX, sob a influência da doutrina estadunidense do *judicial review*, e das modificações pelas quais o instituto passou ao longo dos anos, especialmente com a recepção do modelo europeu de controle abstrato e a conseqüente consolidação de um sistema híbrido.

Em seguida, dentro da proposta específica da pesquisa realizada, examinar-se-á mais detalhadamente o papel do recurso extraordinário na sistemática do controle difuso e concreto. Este recurso é a principal forma de acesso do cidadão comum à jurisprudência do tribunal mais importante do país, detentor da última palavra sobre a interpretação da Constituição.

Por fim, será abordado o conceito da repercussão geral, requisito de admissibilidade do recurso extraordinário inserido no diploma constitucional de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 45. Como se verá, a experiência não é inédita em nosso país, já que entre as décadas de 1970 e 1980 nosso sistema de controle de constitucionalidade incluía conceito parecido, chamado “argüição de relevância”.

Na tentativa de oferecer uma possível definição e de prever o impacto que a introdução deste novo requisito de admissibilidade poderá causar no sistema de controle de constitucionalidade pátrio, será realizada uma análise dessa experiência pretérita, bem como uma comparação com o *writ of certiorari* estadunidense, fonte de inspiração do instituto. Além disso, serão avaliados os projetos de lei que se propuseram a regulamentar a questão.

## Capítulo 1. Trajetória histórica do controle de constitucionalidade brasileiro

Curiosamente, a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis surgiu no Brasil antes mesmo da promulgação da primeira constituição republicana, quando ainda vigia uma constituição provisória, aprovada pelo Decreto nº 510, de 22/06/1890. Com efeito, o Decreto nº 848, de 11/10/1890, responsável pela organização da Justiça Federal no país, já previa a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas<sup>201</sup>.

Ou seja, a previsão do controle de constitucionalidade no Brasil surgiu por meio de disciplina legislativa infraconstitucional; aliás, sua previsão foi mesmo anterior ao primeiro texto constitucional republicano. Tal fato, no entanto, é apenas uma curiosidade histórica, já que a Constituição republicana de 1891 foi promulgada no dia 24 de fevereiro, tendo o Supremo Tribunal Federal iniciado suas atividades apenas quatro dias depois<sup>202</sup>.

### 1.1 Controle difuso e concreto

O primeiro modelo de controle de constitucionalidade implantado no Brasil, sob a influência direta do *judicial review* praticado nos Estados Unidos, possibilitava a todos os juízes estaduais e federais exercer o juízo de compatibilidade das leis com a Constituição da República, sempre no exame de casos concretos. Não existia, assim, o controle em abstrato das normas.

---

<sup>201</sup> Decreto nº 848, art. 9º, parágrafo único.

<sup>202</sup> Informação colhida em <<http://www.stf.gov.br/institucional/visitaSTF/>>, acesso em 14 de dez. de 2005.

A principal função do controle de constitucionalidade brasileiro era a de substituir o Poder Moderador, exercido pelo Imperador na resolução de eventuais conflitos entre os ramos do poder nos tempos da Constituição Imperial de 1824. Sua utilização como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, como jurisdição constitucional das liberdades, deve-se principalmente ao gênio de Rui Barbosa, entusiasta do modelo estadunidense e que lutou para que o STF reconhecesse o seu papel como órgão de equilíbrio na incipiente democracia brasileira.

Ao Supremo Tribunal Federal foi atribuída competência originária para julgar autoridades como o Presidente da República e os Ministros, para dirimir conflitos entre unidades da federação, ou entre a União e estados estrangeiros, e para uniformizar conflitos entre decisões dos tribunais inferiores. Sua competência recursal para analisar decisões de juízes e tribunais federais (sobre qualquer matéria) e para rever processos criminais (apenas em benefício do réu) era bastante ampla, enquanto que a competência recursal sobre as decisões da Justiça Estadual limitava-se a casos em que se havia reconhecido a inconstitucionalidade de tratados e leis federais, ou quando se alegava a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais, embora a justiça Estadual as considerasse válidas<sup>203</sup>.

No início, o principal instrumento provocador da jurisprudência constitucional do STF foi o *habeas corpus*. Mais uma vez nota-se a marcante

---

<sup>203</sup> Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juízes e Tribunais de um Estado com Juízes e Tribunais de outro Estado.

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

influência de Rui Barbosa, que o utilizou (algumas vezes com sucesso, muitas não) como remédio genérico contra as ilegalidades perpetradas pelas autoridades públicas, dando origem à “doutrina brasileira do *habeas corpus*”. Esta larga utilização do instituto perdurou até uma reforma constitucional realizada em 1926, que o fez retornar aos limites originais de proteção da liberdade de locomoção. O vácuo deixado somente seria reparado com a introdução do mandado de segurança em nosso ordenamento, em 1934<sup>204</sup>.

Com a Constituição de 1934, que modificou a denominação do STF, que se passou a chamar Corte Suprema, além da introdução do mandado de segurança, houve outras alterações relevantes no controle de constitucionalidade brasileiro: (i) a exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade por um tribunal (art. 179), (ii) a previsão da representação interventiva (art. 12, V, § 2º), (iii) a proibição do exame de questões exclusivamente políticas pelo Judiciário (art. 68), e (iv) a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 91, IV).

Esta competência atribuída ao Senado para suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo Judiciário pretendia resolver a questão da insegurança provocada pela possibilidade de diversos tribunais decidirem a mesma matéria de maneira conflitante e pela ausência de eficácia *erga omnes* das decisões do STF. Era, portanto, um mecanismo de uniformização da jurisprudência que esteve presente em todas as Constituições, até a atual<sup>205</sup> (art. 52, X, da Constituição de 1988), muito embora alguns autores o considerem anacrônico<sup>206</sup>.

---

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

<sup>204</sup> Sobre a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, v. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 280-283; VIEIRA, José Ribas. “O Instituto do ‘Habeas Corpus’ como instrumento de alargamento da cidadania na Primeira República (1889-1921)”, *mimeo*.

<sup>205</sup> Com exceção da Carta de 1937.

<sup>206</sup> V., por exemplo, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edição, rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 124-125: “Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões

Com a Carta de 1937, retomou-se a nomenclatura tradicional do Supremo Tribunal Federal e mantiveram-se as inovações trazidas em 1934. Além disso, foi prevista a possibilidade de o Congresso, caso provocado pelo Presidente da República, tornar sem efeito uma decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de determinada lei, em atenção ao bem-estar do povo e aos interesses nacionais de alta monta<sup>207</sup>. Na prática, como o Congresso permaneceu fechado durante o Estado Novo, era o próprio presidente Vargas quem decidia, por meio de decretos-lei, sobre esta matéria<sup>208,209</sup>.

A redemocratização do país, que resultou no texto constitucional de 1946, eliminou esta possibilidade de intervenção dos poderes políticos nas decisões do STF, deixando de reproduzir o famigerado artigo 96 da Carta de 1937. Com isso, o Judiciário voltou a ter a última palavra na interpretação da Constituição<sup>210</sup>. Com relação ao controle de constitucionalidade difuso-concreto das leis, foi mantida a forma prevista na Constituição de 1891, bem como a competência do Senado Federal para suspender a execução de atos declarados inconstitucionais pela via do controle incidental (art. 64) e a exigência de maioria absoluta dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade (art. 200).

Com o golpe militar de 1964, foram suspensas, por meio do Ato Institucional nº 2, as garantias institucionais da magistratura, e ampliada a composição do STF, de onze para dezesseis membros, o que assegurava maioria ao governo naquele tribunal. O controle difuso de constitucionalidade, entretanto, permaneceu vigente – embora substancialmente enfraquecido, já que os atos

---

constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item” (notas de rodapé omitidas). V., também, BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 92.

<sup>207</sup> Constituição de 1937, art 96: Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>208</sup> Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., pp. 284-285.

<sup>209</sup> De certa forma, o Brasil pode ser considerado com precursor daquilo que recentemente se convencionou chamar “*weak-form judicial review*” (v. item 4.4.2, supra). Porém, é preciso destacar que no Brasil a possibilidade de superação de uma decisão do STF pelos poderes políticos era um simples instrumento de centralização do poder nas mãos dos governantes. Em países como Canadá e Inglaterra, mecanismos semelhantes (especialmente a cláusula não-obstante canadense) foram criados com o propósito de ampliar a qualidade do debate entre os poderes governamentais e a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.

<sup>210</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., pp. 86-87.

praticados com fundamento nos Atos Institucionais e Complementares do governo não poderiam ser submetidos à apreciação judicial, conforme estabelecido pelo AI-3<sup>211</sup>.

Ainda no período militar foram introduzidos dois mecanismos que alteraram o funcionamento do controle difuso de constitucionalidade no país. O primeiro deles surgiu com a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969<sup>212</sup>, que modificou o artigo 119 da Carta de 1967, inserindo um parágrafo único com a seguinte redação: “*As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo*<sup>213</sup>, *serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário*”. Foi criada, assim, “arguição de relevância”, que será analisada mais detalhadamente (item 3.2, *infra*).

A outra alteração foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 07/77, conhecida como “pacote de abril”. Consistia na possibilidade de avocação, pelo STF, de causas julgadas em instâncias inferiores em que houvesse lesão à ordem, saúde, segurança ou finanças públicas, mediante requerimento do Procurador-Geral da República<sup>214</sup>. Limitava-se, assim, a possibilidade de magistrados daquelas instâncias – já ameaçados com a suspensão de suas garantias funcionais – contrariarem o interesse dos militares que ocupavam o poder, dominando, conseqüentemente, o STF.

A nova democratização do país, representada pela Constituição de 1988, retirou do ordenamento jurídico mecanismos que haviam servido à satisfação dos interesses da classe dominante, com a arguição de relevância e a advocatória. A alteração mais importante na competência do STF, no que tange o controle

<sup>211</sup> Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., p. 296.

<sup>212</sup> A emenda mencionada foi extremamente abrangente, a ponto de a Carta de 1967 ser mencionada freqüentemente como a Constituição de 67/69.

<sup>213</sup> Artigo 119, III, a: “*Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:*

*III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:*

*a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;*

*d) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta;”*

<sup>214</sup> A redação dada ao art. 119, inciso I, alínea o, da Constituição de 1967 atribuiu competência ao STF para julgar “*as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido*”

concreto, deu-se com a criação do Supremo Tribunal de Justiça, que passou a ser responsável pelo julgamento de recursos quanto à aplicação do direito federal infraconstitucional, que antes cabia ao próprio Supremo Tribunal Federal. No mais, o sistema permaneceu com as mesmas características, inclusive o papel do Senado na suspensão da eficácia de leis declaradas inconstitucionais pelo STF através da via difusa da jurisdição constitucional. As principais alterações introduzidas, como se verá adiante, iriam se dar com relação ao controle abstrato de constitucionalidade.

## 1.2 Controle concentrado e abstrato

Até o século XX, o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade era praticamente único no mundo ocidental, sendo certo que as nações européias, bastante desconfiadas de uma classe – o Judiciário – que havia sido fiel à nobreza monárquica por séculos, adotavam um modelo de supremacia parlamentar, segundo o qual os atos dos representantes do povo não poderiam ser submetidos à decisão de funcionários judiciais<sup>215</sup>.

No Velho Continente, a primeira experiência de controle de constitucionalidade deu-se a partir das idéias de Hans Kelsen, criador do Tribunal Constitucional austríaco de 1920<sup>216</sup>, o primeiro estabelecido na Europa, e que preferiu não adotar o controle difuso de constitucionalidade. Esta opção é explicada por Cappelletti com base na ausência do chamado *stare decisis*, ou seja, da vinculação ao precedente. Com isso, nos países de tradição civilista haveria o inconveniente de Tribunais distintos adotarem entendimentos incompatíveis sobre

---

<sup>215</sup>Há algumas exceções européias, na Alemanha e na Suíça, ainda no século XIX. V., a respeito, SEGADO, Francisco Fernández. “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, in BELAUNDE, Domingos García e SEGADO, Francisco Fernández (coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 68-73. Outra exceção foi Portugal, que, em 1911 tentou implantar um modelo de controle de constitucionalidade por inspiração da Constituição brasileira de 1891, mas sua efetividade foi pequena. V. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 906.

<sup>216</sup> Após a anexação da Áustria pela Alemanha nazista este controle parou de funcionar, tendo retomado suas atividades em 1945, após o fim da guerra. V. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 68.

a constitucionalidade ou não de determinadas normas, gerando enorme insegurança jurídica<sup>217</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, espalha-se ao longo da Europa<sup>218</sup> um modelo dito concentrado de controle de constitucionalidade, no qual uma única Corte teria o poder de invalidar atos legislativos, tendo a sua decisão força para anular as leis que se mostrassem incompatíveis com a Constituição. O juiz constitucional funcionaria, portanto, como um legislador negativo<sup>219</sup>. Além de ser concentrado, o controle de constitucionalidade europeu era abstrato, na medida em que era realizado sobre o texto da lei em tese, e não no exame de um litígio concreto<sup>220</sup>.

O Brasil não tardaria a sofrer influência deste modelo europeu, desenvolvido por nações que compartilhavam do sistema jurídico da *civil law* e que, portanto, eram mais próximos do nosso que o sistema norte-americano. Além disso, no controle abstrato não haveria o inconveniente de diversos órgãos proferirem decisões contraditórias sobre a mesma matéria, ou mesmo de ficar na dependência da atuação do Senado Federal, o que aumentaria o grau de segurança jurídica fornecida pelo direito.

Já na Constituição de 1934, em seu artigo 12, § 2º, foi prevista a primeira forma de controle abstrato de normas no direito constitucional brasileiro, que ficou conhecida como *representação interventiva*, cuja eficácia foi limitada pela Constituição de 1937 (artigo 9º, parágrafo único)<sup>221</sup> mas restabelecida no texto promulgado em 1946 (artigo 8º, parágrafo único)<sup>222</sup>.

<sup>217</sup> CAPELLETTI, Mauro. Op. cit., pp. 76-80

<sup>218</sup> Para uma relação dos países que seguidamente implantaram o controle concentrado de constitucionalidade, v. CAPELLETTI, ob. cit., pp. 72-74.

<sup>219</sup> KELSEN, Hans. V. nota 141, *supra*

<sup>220</sup> Sobre o controle concentrado, conferir, por exemplo, SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit., pp. 73-81, CAPELLETTI, Mauro. Op. cit., cap. 3. Em geral, existe a possibilidade de o controle de constitucionalidade nos sistemas europeus ser deflagrado a partir de um caso concreto. Mas, quando o juiz ordinário depara-se com uma aparente inconstitucionalidade, não lhe é facultado declará-la, mas apenas submeter a questão constitucional para a apreciação do Tribunal Constitucional, que resolvendo especificamente aquela questão, devolve o feito ao juiz ordinário, a fim de que este prossiga no julgamento. É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha e na Espanha.

<sup>221</sup> Sob a égide da Constituição de 1937, o papel do STF limitava-se a requisitar ao Presidente que decretasse a intervenção nos casos de descumprimento de leis e sentenças federais nos estados, ilustrando o modelo centralizador e autoritário que predominou durante o Estado Novo.

<sup>222</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 26-27 e 36.

Por meio dela, o Procurador-Geral da República poderia submeter ao STF atos estaduais que ofendessem princípios constitucionais sensíveis<sup>223</sup>. No entanto, cabe destacar que, apesar da previsão de que a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual implicaria a decretação de intervenção naquele estado, esta não chegava a se efetivar, já que a simples declaração era suficiente para suspender os efeitos do ato, geralmente o que se buscava<sup>224</sup>.

Foi já sob a égide do governo militar instituído em 1964 que o controle de constitucionalidade por via de ação direta (abstrato) foi efetivamente instituído no Brasil. Isto se deu por meio da Emenda nº 16, de 06/12/1965, que atribuiu ao Procurador-Geral da República legitimidade exclusiva para impugnar a constitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual<sup>225</sup>. Mas, o instituto, que poderia significar um avanço na proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, não nasceu para cumprir este objetivo. Não por acaso, ao mesmo tempo em que o criou, o governo militar, com o Ato Institucional nº 2, tratou de garantir o controle do STF, aumentando o número de ministros de 11 para 16 e retirando as garantias da magistratura (inamovibilidade, vitaliciedade e estabilidade)<sup>226</sup>.

O governo, portanto, controlava, por um lado, quais os assuntos que poderiam ser questionados por via de ação direta, já que o cargo de Procurador-Geral era da confiança do Chefe do Executivo, demissível *ad nutum*, e, ao mesmo tempo, tratava de garantir que os julgamentos lhe seriam favoráveis, pois dispunha de maioria no STF e de instrumentos de pressão contra os Ministros que contrariassem os seus interesses. Assim, ocultadas sob a alegação de que a introdução do controle abstrato era necessária para a diminuição da sobrecarga de trabalho do STF, devido ao elevado número de recursos que deveria julgar,

---

<sup>223</sup> SLVA, José Afonso. “O Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, in BELAUNDE, Domingos García e SEGADO, Francisco Fernández (coord.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, p. 393.

<sup>224</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 122.

<sup>225</sup> Cf. SLVA, José Afonso. Op. cit., p. 393.

<sup>226</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 122 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit. ob. cit., pp. 291-298.

encontravam-se razões políticas que se relacionavam à segurança nacional e à continuidade do regime militar<sup>227</sup>.

O grupo que ocupava o poder tratou de assegurar que o STF não se tornaria um obstáculo ao regime, o que se evidenciou com a aposentadoria de três ministros vistos como opositores do governo (Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal<sup>228</sup>) e com a exclusão da possibilidade de controle dos atos institucionais e complementares da revolução<sup>229</sup>.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 o STF veria alterações substanciais no controle de constitucionalidade das normas, especialmente daquele exercido de maneira abstrata. Clèmerson Merlin Clève resume as principais alterações afirmando que a nova ordem constitucional

(i) ampliou a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu a instituição pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); (iii) instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, *q*, quando de competência do STF); (iv) exigiu a citação do Advogado-Geral da União para, nas ações diretas, defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); (v) reclamou a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); (vi) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que foi, portanto, suprimido pela nova Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único); e, finalmente, (viii) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III)<sup>230</sup>.

Como se vê, as principais inovações dizem respeito ao controle concentrado-abstrato de normas. E, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, foram introduzidas outras alterações nesta modalidade de controle,

<sup>227</sup> Esta constatação responde à perplexidade apontada, por exemplo, em CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 88. Nas palavras do autor: “*Não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais*”.

<sup>228</sup> Mais dois Ministros, Antônio Carlos Lafayette de Andrade e Antônio Gonçalves de Oliveira, aposentaram-se em solidariedade aos colegas afastados. Cf., a respeito, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., p. 298.

<sup>229</sup> Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., pp. 296-298.

destacando-se aquelas constantes na Emenda Constitucional nº 3/93, que criou a Ação Direta de Constitucionalidade<sup>231</sup> e nas leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinaram, respectivamente, o rito das ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>232</sup>.

### 1.3 A consolidação (e a crise) do sistema híbrido e as tendências recentes

Com a sucessão de textos constitucionais, pode-se dizer que se consolidou no Brasil um modelo híbrido de controle de constitucionalidade. De início, foi um dos pioneiros na recepção do sistema estadunidense de controle difuso-concreto, mas, nas últimas décadas, observou-se a introdução do controle de constitucionalidade abstrato, inspirado nas Cortes Constitucionais européias, sem que isso tenha importado no abandono do controle difuso, mas certamente relegando-o a segundo plano. Porém, como este tipo de controle encontrou problemas na sua transposição para um país com sistema jurídico absolutamente distinto de sua origem (e com o fracasso da solução tentada, de atribuir função relevante ao Senado Federal), o controle abstrato passou a ser visto como a solução para os problemas estruturais do STF<sup>233</sup>. Mas a introdução do sistema de controle abstrato, mesmo depois de modificações abrangentes, que incluíram a previsão de novas ações (v.g., a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Constitucionalidade), não foi capaz de amenizar a crise de trabalho que assola o STF<sup>234</sup>.

<sup>230</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 90.

<sup>231</sup> Idem, p. 91.

<sup>232</sup> Sobre as alterações introduzidas por estas leis, v. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, 2ª ed., rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, cap. V.

<sup>233</sup> Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., p. 353 (“a doutrina vem percebendo haver sensível modificação do modelo de fiscalização da constitucionalidade do país, em detrimento da via difusa e em favor do modelo concentrado”).

<sup>234</sup> É o que afirma, categoricamente, Oscar Vilhena Vieira, no seguinte trecho: “As propostas para a solução desta crise, infelizmente, não parecem as mais adequadas, pois, na maior parte das vezes, buscam aumentar o grau de concentração da jurisdição constitucional nas mãos do Supremo Tribunal Federal, estrangulando uma das mais democráticas e vitais instituições de nosso direito constitucional, que é o controle difuso, exercido por todos os órgãos do Judiciário brasileiro. Num país que prima pelo desrespeito sistemático à Constituição, suprimir instâncias de controle de poder não parece algo sensato, a não ser que o objetivo seja exatamente libertar as instâncias governamentais do julgo da Constituição”. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 222.

Várias razões podem ser apontadas para o fracasso. Há dificuldades materiais, como a impossibilidade do controle de constitucionalidade de dispositivos legais anteriores à Constituição de 1988, dificuldade esta que foi criada através de uma construção doutrinária do próprio Supremo<sup>235</sup>. A longo prazo, o que parecia ser uma forma de evitar o acúmulo de casos no STF (sob a forma de ações diretas contra direito pré-constitucional), causa o efeito contrário, já que inúmeras ações concretas acabarão por aportar naquele Tribunal, discutindo justamente a constitucionalidade de tais textos normativos. A única tentativa de amenização deu-se com a implantação da ADPF, em 1999<sup>236</sup>. Entretanto, o escasso uso desta ação até o momento, aliado à indefinição do conceito do que seja preceito fundamental, não permite afirmar que ela solucionará a questão.

Há, ainda, oportunidades em que uma declaração de inconstitucionalidade – que implica, via de regra, a nulidade da lei tida como inconstitucional, operando efeitos retroativos –, pode ser indesejável, por trazer conseqüências negativas ao ordenamento jurídico<sup>237</sup>.

O exemplo alemão pode ser invocado para demonstrar o argumento. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Tribunal Constitucional alemão (assim como ocorre no STF) torna a referida norma nula (total ou parcialmente). Tal decisão, por declarar a nulidade da norma desde a sua origem, opera, em princípio, efeitos retroativos. Esta é a previsão genérica, que consta do § 78 da Lei do Tribunal Constitucional. Entretanto, desde a sua origem, o Tribunal adota diversos outros tipos de decisão, procurando minimizar o efeito que tem a retirada da ordem jurídica de uma norma que durante algum tempo foi tida como válida e aplicável, gerando efeitos concretos na sociedade.

A primeira destas técnicas é a declaração parcial de nulidade qualitativa (ou sem redução de texto), que se refere a uma constelação de casos não previstos no texto normativo. Não há modificação no texto legal, apenas excluem-se determinadas situações não indicadas expressamente pelo legislador nas quais a norma não será constitucional, havendo uma redução do âmbito de aplicação da norma, mas não a sua invalidação.

---

<sup>235</sup> V., por exemplo, ADIn nº 521.

<sup>236</sup> Lei nº 9.882/99

<sup>237</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, pp. 17-18; BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 333 e segs.

Outra técnica adotada pelo Tribunal Constitucional é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, que ocorre quando, apesar de detectar alguma inconstitucionalidade no caso, o Tribunal Constitucional não declara a nulidade da norma. A norma, apesar de reconhecida inconstitucional, permanece válida e eficaz. Em geral, é aplicada nos casos em que existe um benefício incompatível com o princípio da igualdade e não cabe ao Tribunal decidir pela supressão do benefício ou pela inclusão dos grupos excluídos (por razões orçamentárias). Outro argumento para a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é baseado nas consequências jurídicas da declaração de nulidade, ou seja, casos em que a retirada de certa norma do ordenamento jurídico provocaria uma “lacuna jurídica ameaçadora”. A declaração de nulidade levaria a uma minimização, e não otimização, da vontade constitucional (ex: vencimentos dos funcionários públicos). A simples declaração de nulidade não resolveria o problema, ao revés, o agravaria.

Mais uma criação da jurisprudência constitucional alemã é a “interpretação conforme a Constituição”, hipótese na qual o Tribunal Constitucional declara qual dentre diversas possíveis interpretações revela-se compatível com a Lei Fundamental.

Por fim, em casos nos quais uma norma ainda não seja inconstitucional, mas apresente uma inevitável tendência a, futuramente, violar a Lei Fundamental (seja por alteração das relações fáticas existentes, seja pelas relações jurídicas, como, por exemplo, mutações constitucionais), o Tribunal recorre a uma técnica chamada “apelo ao legislador”. Com esta decisão, o Tribunal não declara a inconstitucionalidade da lei, mas exorta o Poder Legislativo a promulgar outra norma, em substituição àquela que tende a se inconstitucionalizar, podendo, inclusive, fixar prazo para tanto<sup>238</sup>.

O STF adotou diversos desses mecanismos na sua jurisprudência, e uma importante alteração legislativa possibilitou a modulação dos efeitos temporais

---

<sup>238</sup> Sobre todas as técnicas de decisão aqui mencionadas, v. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., pp. 223-286 e, mais resumidamente, FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Rio de Janeiro: Landy, 2004, pp. 71-72.

das decisões proferidas no controle de constitucionalidade<sup>239</sup>. Com isso buscou-se amenizar os efeitos negativos da pronúncia de inconstitucionalidade de leis por meio do controle abstrato, tornando seus efeitos, muitas vezes, menos traumáticos, já que pode bastar uma interpretação conforme a Constituição ou uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto para sanar o vício.

Outro defeito do sistema abstrato de controle de constitucionalidade é que ele nem sempre é capaz de detectar inconstitucionalidades que, embora não estejam patentes no texto da lei, possam surgir no decorrer da sua aplicação. A fiscalização abstrata não é perfeita, restando uma série de casos nos quais apenas na análise das situações concretas pode transparecer a inconstitucionalidade ali presente. Esta deficiência levou países europeus, cujo controle de constitucionalidade sempre fora exercido de forma abstrata, a implantar mecanismos de fiscalização em casos concretos, em especial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>240</sup>.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 45 indica que, finalmente, o olhar do legislador voltou-se para o controle difuso-concreto de constitucionalidade. Duas importantes alterações foram introduzidas nesta espécie de controle: (i) a possibilidade de edição, pelo STF, de súmulas vinculantes, e (ii) a exigência do que se convencionou chamar “repercussão geral” como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários. Não obstante a primeira despertar maiores controvérsias e atenção da doutrina de modo geral<sup>241</sup>, voltamos nossas atenções para a segunda, cujas conseqüências sobre o funcionamento do STF,

---

<sup>239</sup> Lei no 9.868/99, art. 27 (“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”).

<sup>240</sup> Este ponto será mais bem desenvolvido no capítulo 4, *infra*.

<sup>241</sup> Cf., por todos, SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: Sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

apesar de imprevisíveis, podem ser tão drásticas ou mais. Começaremos, no entanto, analisando o recurso extraordinário.